

**EL SHARENTING Y EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD:
PRIMERAS RESOLUCIONES JUDICIALES**

***SHARENTING AND THE EXERCISE OF PARENTAL AUTHORITY:
THE FIRST COURT DECISIONS***

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 13, agosto 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 976-1003



Llanos
CABEDO
SERNA

ARTÍCULO RECIBIDO: 16 de junio de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 16 de julio de 2020

RESUMEN: El *sharenting*, fenómeno social ampliamente extendido que consiste en que los progenitores publican fotografías y vídeos de sus hijos menores de edad en sus redes sociales, plantea el problema de si es suficiente el consentimiento del progenitor usuario de la red social o es necesario el de ambos progenitores. Acerca de esta cuestión se han pronunciado varias Audiencias Provinciales, cuyas sentencias se analizan en el presente trabajo. Las mismas se refieren, en primer lugar, a la cuestión de en qué medida el *sharenting* afecta al derecho a la propia imagen y al de protección de datos personales de los menores y cuándo es necesario el consentimiento de los progenitores para la disposición de los citados derechos de la personalidad. En segundo lugar, se posicionan acerca de la cuestión del ejercicio de la patria potestad para la publicación de fotografías y vídeos de los menores de edad, pudiendo distinguirse dos tendencias al respecto, según que se considere que es necesario un ejercicio conjunto por ser ambos progenitores titulares de la patria potestad o individual, en atención al uso social.

PALABRAS CLAVE: Sharenting; menor de edad; consentimiento; datos personales, uso social; patria potestad.

ABSTRACT: *Sharenting, a widespread social phenomenon in which parents post photographs and videos of their underage children on their social networks, raises the question of whether the consent of the parent using the social network is sufficient or whether both parents are required. Several Courts have been held on this issue, and their rulings are analyzed in this paper. They refer, in the first place, to the extent to which sharenting affects the right to one's own image and the right to protection of personal data of minors and when it is necessary to obtain the consent of the parents for the provision of the aforementioned personality rights. Secondly, they take a position on the question of the exercise of parental authority for the publication of photographs and videos of minors. Two tendencies can be distinguished in this regard, depending on whether it is considered that joint exercise is necessary because both parents are holders of parental authority or individual, in view of social use.*

KEY WORDS: Sharenting; minor; consent; personal data; social usage; parental authority.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. II. EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN. 1. El necesario consentimiento del menor maduro. 2. El consentimiento otorgado por los representantes legales en caso de falta de madurez del menor. 3. La cuestión de la aplicabilidad del art. 4.3 LOPJM a las redes sociales. 4. Los usos sociales. III. LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL. IV. EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD. V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

En el presente artículo, se analizan los pronunciamientos que las Audiencias Provinciales han realizado en relación con la publicación de la imagen de los menores de edad en redes sociales por parte de sus progenitores. Nos encontramos ante un fenómeno socialmente muy extendido, que es conocido por el anglicismo *sharenting* y que puede definirse como “la práctica de los padres de utilizar las redes sociales para comunicar información personal, especialmente imágenes, sobre sus hijos menores de edad” (en inglés, “sharing representations of one’s parenting or children online”)¹. La particularidad de este fenómeno reside en que son los propios progenitores quienes exponen públicamente la imagen de sus hijos menores de edad, por lo que una de las cuestiones que se ha planteado y que las sentencias abordan, es cómo debe ser el ejercicio de la patria potestad respecto de la publicación de dichas fotografías, particularmente cuando los progenitores no conviven, por separación o divorcio previo o por poner fin a una relación de hecho.

Con carácter previo al pronunciamiento acerca de esta cuestión, los tribunales abordan qué derechos de los hijos se ven afectados por este comportamiento, llegando a la conclusión de que, al menos, lo están dos derechos de la personalidad consagrados constitucionalmente como fundamentales: el derecho a la propia

1 PLANAS BALLVÉ, M.: “Sharenting: intromisiones ilegítimas del derecho a la intimidad de los menores de edad en las redes sociales por sus responsables parentales”, *CEFLegal: revista práctica de Derecho. Comentarios y casos prácticos*, 2020, núm. 228, pp. 40-41. La palabra anglosajona *sharenting* proviene de la fusión del término *share* (compartir) y *parenting* (crianza o, como se denomina recientemente por influencia del término anglosajón, parentalidad). Acerca de la definición del *sharenting*, también se puede consultar TINTORÉ GARRIGA, M^a P.: “Sharenting y la responsabilidad parental (I)”, *La Ley Derecho de Familia: Revista Jurídica sobre Familia y Menores*, 2017, núm. 14, p. 2; AMMERMAN YEBRA, J.: “El régimen de prestación del consentimiento para la intromisión en los derechos de la personalidad de los menores. Especial referencia al fenómeno del *sharenting*”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2018, núm. 8 bis (extraordinario), julio, p. 254, nota 1.

imagen y el derecho a la protección de los datos de carácter personal del menor. Efectivamente, la publicación o difusión de imágenes de menores de edad en redes sociales constituye, por un lado, una intromisión (que puede o no ser ilegítima) en el derecho a la propia imagen del menor, de acuerdo con la normativa protectora del citado derecho y, al mismo tiempo, supone que se está llevando a cabo un tratamiento de datos de carácter personal que se encuentra sometido a la regulación jurídica correspondiente.

Las sentencias analizadas parten de la premisa fundamental de que el consentimiento del titular excluye la ilegitimidad de cualquier conducta que afecte a los derechos citados, consentimiento que debe ser prestado por el propio menor de edad cuando tiene suficiente madurez o la edad legalmente exigida o, por el contrario, por sus representantes legales, planteándose entonces el problema del ejercicio de la patria potestad. Si bien todas las sentencias analizadas se refieren a menores de trece años de edad, en el presente estudio abordamos igualmente la cuestión del consentimiento cuando el hijo menor tiene suficiente madurez para prestarlo por sí mismo. Pero, además de la cuestión del consentimiento, se aborda la relativa a los usos sociales, pues ciertas sentencias entienden que el uso de la imagen del menor de acuerdo con un determinado uso social resulta determinante para configurar el ejercicio de la patria potestad.

El análisis del *sharenting* desde un punto de vista jurídico presenta un doble interés. Por un lado, puede hablarse de una dicotomía entre la realidad social y jurídica del citado fenómeno, ya que lo que los padres hacen o creen que pueden hacer no coincide en la mayoría de las ocasiones con lo que legalmente les está permitido². Así, los padres disponen libremente de la imagen y los datos personales de sus hijos menores en las redes sociales, amparados por un uso social cada vez más extendido, “creando y definiendo la identidad digital de los menores de edad sin su consentimiento” en la gran mayoría de ocasiones, sin darse cuenta de que este comportamiento puede suponer una vulneración de los derechos de éstos³. Tanto es así, que puede afirmarse que esta conducta ha influido en la percepción que los menores tienen de su propia imagen⁴. Por todo ello, es necesario que

2 TINTORÉ GARRIGA, M^a P.: “Sharenting”, cit., pp. 2-3, afirma que la mayoría de los padres no son conscientes de que con sus actos pueden estar vulnerando la intimidad y la propia imagen del hijo, su privacidad, o quizás incluso poniendo en riesgo su integridad física y psíquica. Es más, ni siquiera se cuestionan que su conducta puede dar lugar a todas estas consecuencias. Que los padres no tienen claro qué derechos asisten a sus hijos menores de edad y, por lo tanto, qué conducta deben adoptar respecto del *sharenting* queda patente en la *Memoria 2019* de la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, AEDP), pp. 11 y 59, donde se explica que, entre las consultas que la AEPD atiende más frecuentemente, se encuentran las relativas a la discrepancia entre progenitores sobre el consentimiento para subir imágenes de sus hijos a las redes sociales (la *Memoria 2019* se encuentra disponible en aepd.es/sites/default/files/2020-05/memoria-AEPD-2019.pdf).

3 PLANAS BALLVÉ, M.: “Sharenting”, cit., p. 40.

4 Afirma la SAP Lugo 15 febrero 2017 (JUR 2017, 82242), FD 2º, que “hemos de ser conscientes de que el colectivo de jóvenes y adolescentes cada vez más pequeños, que se ha dado en llamar digital babies, están acostumbrados a la utilización de su imagen en redes sociales desde muy pronto, dando otro valor al que tradicionalmente se estaba dando a la publicación de imágenes de su vida diaria, configurando su dimensión

los tribunales delimiten con claridad el régimen jurídico aplicable al *sharenting*. Si bien es cierto que este fenómeno carece de regulación específica, mostrándose la doctrina favorable a su creación, la normativa existente permite llegar a una solución jurídica para el problema planteado⁵.

Por otro lado, el *sharenting* no es un fenómeno inocuo sino que puede acarrear consecuencias negativas para el menor⁶. Este fenómeno puede conllevar desde el desagrado del propio menor a ser objeto de exposición pública⁷, hasta los daños que puedan causar terceras personas haciendo un uso indebido o delictivo de las imágenes y datos publicados⁸, pasando por la vulneración del derecho a la propia imagen (así como a la intimidad) y a la protección de datos de carácter personal, cuestión que es objeto de análisis en el presente trabajo. Lógicamente, se plantea entonces quién debe asumir la responsabilidad por los daños sufridos por los menores (progenitores, responsables del tratamiento de los datos personales y terceros), si bien ésta no es una cuestión abordada en las sentencias objeto de estudio, por lo que tampoco lo es en este artículo.

II. EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN.

La publicación de fotografías de menores de edad en las redes sociales afecta al derecho a la propia imagen del menor por cuanto permiten su identificación⁹.

relacional hasta el punto que algún autor como Troncoso Reigada haya llegado a afirmar que aislar a un hijo de las redes sociales, prohibírselas, es probablemente condenarlo al desarraigo”.

- 5 Para GUARDIOLA SALMERÓN, M.: “Menores y redes sociales: nuevos desafíos jurídicos”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, 2016, núm. 8, p. 60, “aunque de *lege ferenda* sería aconsejable regular esta materia de manera más exhaustiva y detallada para el caso concreto, lo cierto es que nuestro ordenamiento jurídico ya cuenta con regulación expresa que puede cubrir esta materia”. También PLANAS BALLVÉ, M.: “Sharenting”, cit., p. 58, propone la creación de una norma jurídica que garantice expresamente el interés superior del menor en el ámbito del *sharenting* o el diseño de políticas públicas en esta dirección.
- 6 Los expertos advierten que la falta de control sobre esta práctica conducirá probablemente a la circulación en redes sociales de un exceso de información acerca de los menores de edad, lo que se conoce como *oversharenting*. Vid. PLANAS BALLVÉ, M.: “Sharenting”, cit., p. 41.
- 7 Afirma PLANAS BALLVÉ, M.: “Sharenting”, cit., p. 40, que “es muy probable que los hijos no estén de acuerdo con esas publicaciones o que incluso lleguen a sentir vergüenza de su imagen en Internet”, citando un estudio que analiza el posicionamiento crítico de los adolescentes ante la práctica del *sharenting*.
- 8 La SAP Barcelona 15 mayo 2018 (JUR 2018, 153621), FD 2°, dispone que “la mera realidad social de la tendencia a una cada vez mayor publicación de imágenes de menores por padres, amigos y familiares de forma indiscriminada, automática e imprudente, que da lugar a una exposición excesiva de la privacidad del menor, sin ponderar tan siquiera si en el futuro podrán sentirse molestos u ofendidos, al margen del peligro de utilización y manipulación por terceros [...] no puede servir para justificar la falta de las precisiones y suficientes exigencias en la defensa y consideración de este derecho fundamental del hijo”. Por otro lado, la AEPD, “Imagen en los Servicios Web 2.0. Ficha didáctica 03”, pp. 3-4 (disponible en tudiceseninternet.es/aepd/images/articulos/ficha-03.pdf), alerta de la pérdida de privacidad y de la influencia negativa en la identidad y reputación digital del menor, ya que una foto o un vídeo puede ser sacado de contexto o ser manipulado por terceros. Debe tenerse en cuenta que los contenidos puestos en la Red van a estar publicados durante mucho tiempo, por lo que un vídeo que puede ser inocuo o gracioso en el momento de su publicación, dentro de un tiempo puede poner a la persona afectada en una situación comprometida.
- 9 SAP Pontevedra 4 junio 2015 (JUR 2015, 163149), FD 4°; SAP Lugo 15 febrero 2017 (JUR 2017, 82242), FD 2°. Como se encarga de recordar la SAP Madrid 6 julio 2017 (AC 2017, 1201), el TC define el derecho a la imagen como “el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos personales de su titular que puede tener difusión pública. Su ámbito de protección comprende, en esencia, la facultad

Este derecho se encuentra protegido en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (en adelante, LO 1/1982), tratándose de un derecho de la personalidad de carácter fundamental de acuerdo con el art. 18 CE¹⁰. Además, los menores son titulares de los citados derechos, tal y como dispone expresamente el art. 4.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LOPJM)¹¹.

Las Audiencias Provinciales que se ocupan del *sharenting* resuelven la cuestión del ejercicio de la patria potestad desde dos perspectivas: el consentimiento del menor de edad al uso público de su imagen y el uso social, a las que nos referimos en las siguientes líneas.

1. El necesario consentimiento del menor maduro.

El consentimiento del titular del derecho a la propia imagen otorga legitimidad a cualquier conducta que afecte al citado derecho, puesto que el art. 2.2 LO 1/1982 dispone expresamente que “no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso”¹². Dicho consentimiento debe ser prestado por el propio menor de edad, “si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo

de poder impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad perseguida por quien la capta o difunde” (doctrina establecida, entre otras, en las SSTC 81/2001, de 26 de marzo (RTC 2001, 81); 139/2001, de 18 de junio (RTC 2001, 139); 83/2002, de 22 de abril (RTC 2002, 83); 14/2003, de 28 de enero (RTC 2003, 14); 23/2010, de 27 de abril (RTC 2010, 23); 176/2013, de 21 de octubre (RTC 2013, 17). Además, el TC señala que “lo específico del derecho a la imagen, frente al derecho a la intimidad y el derecho al honor, es la protección frente a las reproducciones de la misma que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima. El aspecto físico de la persona ha de quedar protegido incluso cuando, en función de las circunstancias, no tiene nada de íntimo o no afecta a su reputación” (STC 176/2013, de 21 de octubre).

10 En este sentido, SAP Pontevedra 4 junio 2015 (JUR 2015, 163149), FD 4º; SAP Lugo 15 febrero 2017 (JUR 2017, 82242), FD 2º; AAP Asturias 13 marzo 2019 (JUR 2019, 150994), FD 3º; SAP Cantabria 13 enero 2020 (JUR 2020, 51511), FD 4º.9. Por su parte, la STS 30 junio 2015 (RJ 2015, 2661) afirma que “la imagen, como el honor y la intimidad, constituye hoy un derecho fundamental de la persona consagrado en el art. 18.1 de la Constitución, que pertenece a los derechos de la personalidad, con todas las características de estos derechos y que se concreta en la facultad exclusiva del titular de difundir o publicar su propia imagen, pudiendo en consecuencia evitar o impedir la reproducción y difusión, con independencia de cual sea la finalidad de esta difusión”.

11 AAP Asturias 13 marzo 2019 (JUR 2019, 150994), FD 3º.

12 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “El consentimiento de los menores e incapacitados a las intromisiones de los derechos de la personalidad”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2014, núm. 1, p. 35; PLANAS BALLVÉ, M.: “Sharenting”, cit., pp. 46 y 54. Por otro lado, la actuación puede ser legítima, aun no concurriendo el consentimiento del titular del derecho, cuando se dan ciertas circunstancias previstas en la ley. Así, el art. 7.5 LO 1/1982 dispone que “la publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos constituye una intromisión ilegítima, salvo los casos previstos en el art. 8.2”. La publicación de fotografías de menores de edad por sus progenitores en redes sociales no tiene encaje en ninguno de los casos previstos en el art. 8.2, por lo que no se puede invocar esta disposición para legitimar el *sharenting*.

con la legislación civil” (art. 3.1 LO 1/1982)¹³. Por otro lado, el art. 162.2.1º CC dispone que se exceptúan de la representación legal de los padres que ostenten la patria potestad “los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda realizar por sí mismo”, lo que significa que se excluye la representación legal en este ámbito, debiendo entenderse que “la actuación de los representantes legales es meramente complementaria”¹⁴.

Por lo tanto, de acuerdo con la legislación civil general y especial citadas, debe concluirse que es necesario el consentimiento del menor de edad, si tiene suficiente madurez, para publicar fotografías de su imagen en las redes sociales; de manera que, cuando los padres publican fotografías de sus hijos menores pero con madurez suficiente sin su consentimiento, están incurriendo en una intromisión ilegítima en el ámbito del derecho a la propia imagen de los mismos¹⁵.

La cuestión clave aquí es determinar cuándo el menor tiene esa madurez suficiente, para lo cual la LO 1/1982 se remite a la legislación civil¹⁶. Sin embargo, la legislación civil que hace referencia a la madurez del menor en el ámbito de los derechos de la personalidad no establece una edad determinada a partir de la cual se presume la misma, de modo que el menor pueda actuar autónomamente¹⁷. Interesa traer a colación la STS 17 diciembre 2019 que se ha pronunciado sobre el concepto y la forma de determinar la madurez del menor¹⁸. En relación con el concepto, el TS se remite a la definición dada por el Comité de Derechos del Niño de la ONU en la Observación General nº 12 (2009): “Madurez hace referencia a la

13 SAP Pontevedra 4 junio 2015 (JUR 2015, 163149), FD 4º; AAP Asturias 13 marzo 2019 (JUR 2019, 150994), FD 3º. Como explica DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “El consentimiento”, cit., p. 38, el art. 3.1 es una norma impregnada por el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad, que lleva a considerar que en los actos jurídicos que no afecten a intereses puramente patrimoniales, sino a la dimensión personal del ser humano, los menores deben poder ejercitarlos, si se hallan en condiciones de poder apreciar y querer sus consecuencias, lo que, inexorablemente, remite a la apreciación judicial.

14 STS 17 diciembre 2019 (RJ 2020, 669), FD 9º. Esta reciente sentencia del TS resuelve un recurso de casación que interpusieron los padres de un menor transexual en el que solicitaban que se permitiera el cambio de nombre y sexo del mismo en el Registro Civil para que fueran acordes con el género sentido por el menor. El TS planteó una cuestión de constitucionalidad con el fin de que el TC se pronunciara sobre la constitucionalidad del art. 1.1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, que exige ser mayor de edad para solicitar los cambios señalados. El TC ha declarado la inconstitucionalidad del citado artículo en la medida en que no permite su aplicación a los menores de edad con suficiente madurez y que se encuentran en una situación estable de transexualidad (STC 99/2019, de 18 de julio (RTC 2019, 99)).

15 Afirma GRIMALT SERVERA, P.: “El uso de la imagen del menor estudiante en los centros educativos (especial atención del uso de las redes sociales)”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2019, núm. 10, febrero, p. 155, que “es imprescindible la autorización del menor, siempre que éste tenga capacidad de obrar suficiente [...] para que el uso de la imagen del menor pueda considerarse lícita”. En el mismo sentido, PLANAS BALLVE, M.: “Sharenting”, cit., p. 45.

16 En nuestro ordenamiento jurídico no rige exclusivamente el criterio de la edad (18 años) para establecer la plena capacidad de obrar, como requisito jurídico determinante del ejercicio autónomo de los derechos subjetivos, sino que se tiene en cuenta también el criterio de la madurez o capacidad natural con independencia de la edad del sujeto. Así ocurre en el ámbito de los derechos de la personalidad.

17 El art. 162.2.1º CC, ya citado, se refiere a la madurez sin establecer criterio alguno que permita clarificar dicho concepto. Sin embargo, como veremos en el apartado III del presente trabajo, la normativa de protección de datos sí ha establecido una edad concreta para el ejercicio de un derecho de la personalidad como es el derecho a la protección de datos de carácter personal.

18 STS 17 diciembre 2019 (RJ 2020, 669), FD 9º.

capacidad para comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño [...] es la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente”¹⁹. En cuanto a la forma de determinar la madurez, al encontrarnos ante un concepto jurídico indeterminado, debe llevarse a cabo una valoración caso por caso²⁰. Dicha valoración deberá realizarse por medio de una audiencia del menor ante el tribunal correspondiente, que comprobará su madurez de acuerdo con lo expuesto²¹. Cuando se trata de menores con una edad muy próxima a la mayoría de edad, se ha entendido que éstos disfrutaban de la madurez necesaria para dar el consentimiento por sí mismos²².

En lo que respecta a la forma del consentimiento, éste ha de ser expreso, tal y como exige el art. 2.2 LO 1/1982²³. Ahora bien, no es necesario que se otorgue por escrito (lo que no exige la ley), por lo que puede prestarse tácitamente o deducirse de los actos del titular, aunque debe ser inequívoco, pues no se admite un consentimiento presunto²⁴. De esta manera, no es necesario que el menor maduro consienta expresamente la publicación de fotografías por parte de sus padres, bastando con que no se oponga, pudiendo hacerlo y teniendo conocimiento de tal comportamiento, o deduciendo que consiente por el hecho de que, a su vez, el menor es usuario de redes sociales y publica fotografías propias y de terceros²⁵.

- 19 También se puede acudir al art. 9.2 LOPJM que, respecto del derecho del menor a ser oído y escuchado, dispone: “la madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso”. En cuanto a la doctrina, afirma SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: “El marco normativo tradicional para la protección de los derechos de la personalidad del menor. ¿Alguna asignatura pendiente en el siglo XXI?”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2016, núm. 11, p. 3, que la madurez del menor constituye una cuestión de hecho que tendrá que ser valorada en función de dos parámetros: las particulares aptitudes volitivas e intelectivas de la persona y el acto en particular de que se trate. Por lo tanto, el concepto jurídico de madurez se refiere a la capacidad natural para comprender el acto para el que se consiente, como nos señala AMMERMAN YÉBRA, J.: “El régimen”, cit., p. 254.
- 20 En el sentido de afirmar que es necesario una valoración *ad hoc* de la madurez, *vid.* SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: “El marco”, cit., p. 3; PLANAS BALLVÉ, M.: “Sharenting”, cit., p. 48.
- 21 STS 17 diciembre 2019 (RJ 2020, 669), FD 9º. Añade que “la apreciación de la madurez suficiente es una cuestión de hecho que ha de realizarse en la instancia”, no siendo posible hacerla en el recurso de casación pues está vedado el enjuiciamiento de las cuestiones de hecho.
- 22 La STS 17 diciembre 2019 (RJ 2020, 669), FD 9º, afirma que la comprobación de la madurez por el tribunal correspondiente deberá hacerse “de un modo menos exhaustivo mientras más cercano a la mayoría de edad se encuentre el menor”, que en el caso enjuiciado tenía diecisiete años de edad. La SAP Islas Baleares 19 marzo 2013 (AC 2013\1072), en relación con la difusión de fotografías de un menor de diecisiete años en Internet, dispone en su FD 3º que si el menor está próximo a alcanzar la mayoría de edad, tiene madurez suficiente.
- 23 De acuerdo con PLANAS BALLVÉ, M.: “Sharenting”, cit., p. 45, el consentimiento del menor deberá ser expreso.
- 24 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “El consentimiento”, cit., p. 36; SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: “El marco”, cit., p. 5, nota 21, y la doctrina que cita. Por otro lado, como señalan estos autores, debe darse para cada acto de intromisión concreto, sin que sea aceptable un consentimiento general.
- 25 Siguiendo a DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “El consentimiento”, cit., p. 36, puede entenderse como la aplicación del criterio de los actos propios previsto en el art. 2.1 LO 1/1982.

Por otro lado, no debe olvidarse que el art. 156 CC establece que “no obstante [es decir, pese a que el menor pueda ejercitar por sí mismo sus derechos de la personalidad si tiene suficiente madurez], los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia”²⁶. Con ello, se reconoce a los padres la potestad de asistir al menor maduro en su toma de decisiones respecto de la publicación de fotografías y vídeos en las redes sociales, realizando así una labor de acompañamiento propia de la responsabilidad parental, que debe entenderse como un acto de mera asistencia y no como un acto de representación legal restrictiva de la capacidad de obrar²⁷.

2. El consentimiento otorgado por los progenitores en caso de falta de madurez del menor.

Si el menor no tiene la madurez requerida, el consentimiento debe otorgarse por escrito por su representante legal, poniéndolo previamente en conocimiento del Ministerio Fiscal, quién podrá oponerse en un plazo de ocho días, resolviendo el Juez en dicho caso (art. 3.2 LO 1/1982)²⁸. El consentimiento así prestado excluye la ilegitimidad de la conducta ya que el TS ha afirmado en repetidas ocasiones que el derecho a la propia imagen, en el caso de menores, “tiene como presupuesto el hecho de que siempre que no medie el consentimiento de los padres o representantes legales de los menores con la ausencia del Ministerio

26 Este apartado fue introducido por el art. 2. apartado 12 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

27 En este sentido, SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: “El marco”, cit., p. 4, que se refiere a una función tuitiva y no limitadora; AMMERMAN YEBRA, J.: “El régimen”, cit., pp. 254 y 258, quien expresa su desacuerdo con tal disposición por su posible incompatibilidad con el art. 3 LO 1/1982, que no exige más que la capacidad natural del menor. En cambio, MORILLAS FERNÁNDEZ, M.: “Derecho de familia y redes sociales”, *REDS (Revista de Derecho, Empresa y Sociedad)*, núm. 13, 2018, p. 100, entiende que “se restringe la parecida autonomía del menor a la intervención de los mismos [padres] en cuanto a los actos que se deriven de los derechos de la personalidad, suponiendo que se minimizará acorde con la madurez de los mismos”. Y PLANAS BALLVÉ, M.: “Sharenting”, cit., p. 44, considera que se trata de la posibilidad de intervenir de los responsables parentales en los casos en los que el menor no tenga madurez suficiente. No compartimos dicho punto de vista puesto que el inciso al que nos referimos se encuentra en el apartado en el que se enumeran actuaciones que afectan al menor excluidas de la representación legal (en cambio, si el menor no tiene madurez, los padres actúan como representantes legales del mismo sustituyendo su voluntad, y no como meros asistentes). Por otro lado, el uso del adverbio adversativo “no obstante” nos indica que el citado inciso se refiere a los menores maduros y no a otros.

28 Afirma PLANAS BALLVÉ, M.: “Sharenting”, cit., p. 42, que el derecho a la propia imagen, como cualquier otro derecho de la personalidad, “sólo lo puede ejercer su titular, con lo que, en consecuencia, no forma parte del ámbito de la representación legal”. Sin embargo, p. 50, cuando el menor no disponga de la capacidad natural para ejercitar por sí mismo sus derechos de la personalidad, sí que se requerirá de la representación legal.

En lo que respecta al papel del Ministerio Fiscal, se dispone en el epígrafe 3.3 de la Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad e imagen de los menores, que los fiscales se abstendrán de utilizar el cumplimiento de estas exigencias formales para impugnar negocios o actos respetuosos con los intereses de los menores. La doctrina se muestra conforme con este posicionamiento. Vid. AMMERMAN YEBRA, J.: “El régimen”, cit., pp. 259-260 y la doctrina citada en nota 21; GRIMALT SERVERA, P.: “El uso”, cit., p. 175. Se ha señalado incluso que la obligada comunicación del consentimiento de los padres al Ministerio Fiscal no es eficaz ni el método más adecuado. Vid. PLANAS BALLVÉ, M.: “Sharenting”, cit., p. 51.

Fiscal, la difusión de cualquier imagen de éstos ha de ser reputada contraria al ordenamiento jurídico”²⁹.

Establecido lo anterior, habrá que determinar si el consentimiento debe ser otorgado por ambos progenitores o bastará con el del progenitor que difunde las imágenes, cuestión a la que nos referimos detalladamente más adelante³⁰. Siendo necesario el de ambos, la publicación de fotografías decidida por uno sólo de ellos puede ser considerada ilegítima, produciéndose la violación del derecho a la propia imagen del menor³¹.

Ahora bien, no es suficiente con invocar la LO 1/1982 en esta materia, pues es necesario contar asimismo con la LOPJM, en la cual se regula el principio del interés superior del menor (art. 2), que resulta fundamental en esta cuestión³². Se exige que dicho interés sea considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que conciernan al menor, tanto en el ámbito público como privado³³. Ese interés superior del menor se traduce en que deben tomarse en consideración “los deseos, sentimientos y opiniones del menor” en función de su edad y madurez, con el fin de permitirle una participación en la configuración del citado interés.

Este principio general se concreta en el derecho del menor a ser oído y escuchado en el ámbito familiar cuando se trate de una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social (art. 9.1 LOPJM)³⁴. Se trata de un derecho

29 STS 30 junio 2015 (RJ 2015, 2661), citando las SSTS 19 noviembre 2008 (RJ 2008, 6055), 17 diciembre 2013, 27 enero 2014 (RJ 2014, 682), entre otras.

30 Nos remitimos a lo expuesto en el apartado IV del presente trabajo.

31 Pero, como veremos en el epígrafe 4 del presente apartado, algunas Audiencias Provinciales entienden que la publicación decidida por uno solo de los progenitores es válida si la misma se ajusta al uso social.

32 La citada LO, como nos recuerda BRITO IZQUIERDO, N.: “La protección legal de los derechos digitales de los menores: una responsabilidad de todos”, *La Ley Derecho de Familia. Revista Jurídica sobre Familia y Menores*, 2019, núm. 23, p. 3, integra el marco jurídico básico aplicable a los menores de edad, en consonancia con los principios contenidos en los principales tratados internacionales de los que España es parte en este ámbito. En lo que respecta al interés superior del menor, se trata de un concepto jurídico indeterminado extensamente regulado en el art. 2 LOPJM, que proporciona un conjunto de criterios generales para su interpretación y aplicación en cada caso, criterios que, a su vez, deben ser objeto de ponderación de acuerdo con una serie de elementos generales. Además, el interés superior del menor prima sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir cuando no sea posible compatibilizar todos los intereses en juego.

33 También lo es en relación con la protección de datos personales del menor. Así lo señala el Grupo de Trabajo del artículo 29, *Dictamen 2/2009, de 11 de febrero, sobre la protección de los datos personales de los niños (Directrices generales y especial referencia a las escuelas)*, p. 4, señala que el interés superior del niño es un principio jurídico fundamental en este ámbito. De acuerdo con el dictamen, “la justificación de este principio es que una persona que todavía no ha alcanzado la madurez física y psicológica necesita más protección que otras personas. Su finalidad es mejorar las condiciones del niño y reforzar el derecho de éste a desarrollar su personalidad [...] También se aplica a los padres y a otros representantes legales de los niños, tanto si hay conflicto entre los respectivos intereses como si se trata de representar al niño” (dictamen disponible en tudecideseninternet.es/aepd/images/articulos/pdfs/wp160_es-dictamen-PD-delos-nios.pdf). Nuestra Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales se refiere expresamente al interés superior del menor en su art. 92, en relación con los centros educativos.

34 El derecho de participación de los menores de edad en el ámbito de la protección de datos se reconoce igualmente en el *Dictamen 2/2009*, cit., pp. 6-7, afirmándose en concreto que “el derecho a participar puede aplicarse en diversos ámbitos como la geolocalización, la utilización de imágenes de niños y otros”.

que el menor puede ejercitar sin discriminación alguna por razón de la edad, de modo que sus opiniones deben ser tenidas en cuenta en función de su edad y madurez. El ejercicio de dicho derecho corresponde al propio menor cuando éste tenga suficiente madurez, considerándose que la tiene una vez cumplidos los doce años (art. 9.2). En caso contrario, corresponde a los progenitores expresar la opinión del menor siempre que no existan intereses contrapuestos. De esta manera, ese principio obliga, tal y como exige el art. 9.1 de la citada Ley, a que los progenitores tengan que contar con la opinión del hijo a la hora de decidir acerca de la publicación de fotos o vídeos que le conciernen³⁵. Lógicamente, la opinión del menor tendrá mayor peso cuanto mayor sea su madurez, que se presume legalmente a partir de los doce años³⁶. El problema radica en que los padres suelen actuar sin contar con la opinión de sus hijos, ya sea porque son demasiado pequeños para expresarla, ya sea porque los padres no son conscientes de que deben solicitarla³⁷.

En conclusión, aun cuando los menores de edad carezcan de madurez para ejercitar por sí mismos su derecho a la imagen, de modo que no sea exigible su consentimiento y sean los progenitores quienes lo otorgan en su nombre, éstos no pueden actuar sin contar con la opinión del menor en los términos ya expuestos.

3. La cuestión de la aplicabilidad del art. 4.3 LOPJM a las redes sociales.

Por último, debe hacerse referencia al art. 4.3 LOPJM, que dispone que “se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales”³⁸. Por lo tanto, el consentimiento del menor o de sus representantes legales es irrelevante cuando se dan las circunstancias expresadas³⁹.

35 En este sentido, MORILLAS FERNÁNDEZ, M.: “Derecho de familia”, cit., p. 100; PLANAS BALLVÉ, M.: “Sharenting”, cit., p. 48.

36 El hecho de que el menor no haya cumplido doce años no significa necesariamente que no tenga la madurez suficiente para ser oído y escuchado, por lo que habrá que determinarse caso por caso de acuerdo con los elementos de valoración previstos en el art. 9.2 LOPJM.

37 PLANAS BALLVÉ, M.: “Sharenting”, cit., p. 51. Por otro lado, entiende la autora, p. 52, que si no es posible identificar al menor en la fotografía porque se le tapa la cara o aparece de espaldas o sólo se publica una parte de su cuerpo que no permite su identificación, debe entenderse que los padres no incurrir en vulneración alguna del derecho a la imagen.

38 Este artículo viene a completar los supuestos que, de acuerdo con los arts. 2, 7 y 8 LO 1/1982, constituyen una intromisión ilegítima al derecho a la propia imagen.

39 En estos casos, procede la intervención del Ministerio Fiscal para la salvaguarda de los intereses del menor de acuerdo con el art. 4.2 LOPJM. Vid. MORILLAS FERNÁNDEZ, M.: “Derecho de familia”, cit., p. 104.

La referencia a esta disposición viene obligada porque ha sido objeto de aplicación en el ámbito del *sharenting* por la SAP Madrid 6 julio 2017⁴⁰, de acuerdo con la cual la ausencia de consentimiento de la madre no fue motivo suficiente para entender producida la violación del derecho a la propia imagen del menor, entendiéndose el tribunal que debía probarse, conforme con el art. 4.3 LOPJM, que la publicación de las fotografías en las redes sociales del padre y la abuela paterna eran susceptibles de “menoscabar la honra o reputación del menor o contrariar sus intereses”. La AP llegó a la conclusión de que no había sido así porque la difusión se había producido de manera restringida (FD 8º), y acabó concluyendo que “por tanto, y partiendo siempre que la publicación no proviene de un extraño ni con ausencia total de consentimiento de ambos progenitores, sino con la falta del de uno de ellos, lo que ha de dilucidarse es si la publicación en las condiciones expuestas de unas fotografías puede implicar menoscabo de la honra o reputación del menor o ser contraria a sus intereses, lo que decididamente merece una respuesta negativa”.

El problema que aquí se plantea es el de la aplicabilidad del art. 4.3 LOPJM a las redes sociales, habida cuenta que su ámbito objetivo de aplicación son los medios de comunicación⁴¹.

No existe una definición legal de red social, si bien tiene la consideración legal de servicio de la sociedad de la información⁴². Se la ha definido como “plataforma de comunicación en línea que permite a los individuos crear redes de usuarios que comparten intereses comunes”⁴³.

40 SAP Madrid 6 julio 2017 (AC 2017, 1201).

41 Afirma GRIMALT SERVERA, P.: “El uso”, cit., p. 158, nota 59, que se trata de una cuestión que genera dudas entre la doctrina. Se muestra contraria a la aplicación del citado artículo SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: “El marco”, cit., p. 25, “pues ello supondría invalidar cualquier actuación del menor del siglo XXI en el entorno virtual. De ahí la necesidad de buscar otros mecanismos de protección ante la inoperancia de los previsto en este punto por la Ley”.

42 Vid. Grupo de Trabajo del artículo 29, *Dictamen 5/2009, de 12 de junio, sobre las redes sociales en línea*, p. 5 (disponible en apda.es/sites/default/files/2018-10/wp163_es.pdf). El art. 4.25 Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal se remite al art. 1.1.b) de la Directiva 2015/1535/CE para delimitar el concepto de servicios de la sociedad de la información: servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios. Los tres elementos definitorios de los servicios de la sociedad de la información se definen en la Directiva 2015/1535. Por otro lado, el Considerando 18 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior señala que “los servicios de la sociedad de la información cubren una amplia variedad de actividades económicas que se desarrollan en línea [...] Los servicios de la sociedad de la información cubren también servicios consistentes en transmitir información a través de una red de comunicación, o albergar información facilitada por el destinatario del servicio”. Por lo tanto, cabe deducir que una red social es un servicio de la sociedad de la información. La AEPD ha catalogado como redes sociales las plataformas *on line* de publicación e intercambio de contenidos en formato vídeo (como YouTube, Dalealplay.com o Vimeo), y considera que muchas de las plataformas para publicar e intercambiar fotografías (como Flickr, Instagram o Picasa) pueden considerarse como verdaderas redes sociales debido a la estructura de la participación del usuario o son directamente vinculables a dichas redes (ver “Imagen en los Servicios Web 2.0. Ficha didáctica 03”, pp. 4 y 7).

43 Grupo de Trabajo del artículo 29, *Dictamen 5/2009, cit.*, p. 5. GIL MEMBRADO, C.: “Límites a la autonomía de la voluntad en la disposición de la imagen del menor a través de las redes sociales”, *La Ley Derecho de Familia*.

Si se pone el foco de atención en que las redes sociales son un medio para una comunicación global, es posible calificarlas como medios de comunicación⁴⁴. Sin embargo, de acuerdo con GRIMALT SERVERA, la cuestión es si se puede equiparar una red social a un medio de comunicación social atendiendo al eco o impacto que éste puede llegar a tener. En este sentido, el autor entiende que si se trata de una red social “con vocación de ser pública y sin fronteras”, como Facebook o Twitter, puede ser equiparada a un medio de comunicación tradicional en el sentido del art. 4.3 LOPJM ya que pueden tener el mismo eco; en cambio, si la red social tiene una vocación de ser restringida, como WhatsApp, no respondería a los criterios de medio de comunicación del art. 4.3 LOPJM⁴⁵.

Por lo tanto, llegados a la conclusión de la aplicabilidad de la citada disposición a las redes sociales, debe entenderse que resulta irrelevante tanto el consentimiento del menor como de sus representantes legales si efectivamente se dan las condiciones descritas.

4. Los usos sociales.

En tercer lugar, los tribunales argumentan que “desde el punto de vista de la repercusión en el derecho de los afectados [esto es, si existe o no intromisión ilegítima], han de considerarse los distintos escenarios alternativos en función de la configuración del espacio en internet, esto es, si el espacio únicamente facilita acceso a usuarios autorizados y quiénes son éstos o, si por el contrario, el espacio se encuentra abierto al público”⁴⁶. Concluyen los tribunales que no existe intromisión ilegítima al derecho a la propia imagen cuando las fotografías de un menor en redes sociales se circunscriben a un círculo reducido de familiares y amigos⁴⁷.

Efectivamente, las redes sociales como Instagram o Facebook, por señalar tan solo las más utilizadas, permiten una configuración de la privacidad a distintos niveles, de modo que realmente es posible establecer un ámbito de privacidad elevado. Sólo cuando no se configura la privacidad de la cuenta en redes sociales, lo que se conoce como “cuenta pública”, es cuando cualquier usuario de la red

Revista Jurídica sobre Familia y Menores, 2017, núm. 13, p. 1, de acuerdo con el *Estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales on line* del Instituto Nacional de Tecnologías de la Información (INTECO), p. 6, las define como servicios de la sociedad de la información prestados a través de Internet que posibilitan al usuario crear su perfil público e interactuar, de modo que la comunidad virtual se interrelaciona y comparte todo tipo de contenidos.

44 En este sentido, GRIMALT SERVERA, P.: “El uso”, cit., p. 158, nota 59, de acuerdo con la definición del DRAE de redes sociales: “plataforma digital de comunicación global que pone en contacto a un gran número de usuarios”.

45 GRIMALT SERVERA, P.: “El uso”, cit., p. 158, nota 59.

46 SAP Lugo 15 febrero 2017 (JUR 2017, 82242), FD 2°.

47 En este sentido, se pueden citar SAP Barcelona 22 abril 2015 (JUR 2015, 164632), FD 3°; AAP León 28 marzo 2017 (APR 2017, 588), FD 2°, citando la sentencia anterior en su FD 2°; SAP Lugo 15 febrero 2017 (JUR 2017, 82242), FD 4°.

social en cuestión tiene acceso a las publicaciones, lo que permitiría afirmar que se produce una intromisión ilegítima⁴⁸.

Desde un punto de vista legal, este argumento jurisprudencial tiene encaje en el art. 2.1 LO 1/1982 que dispone que “la protección civil del derecho a la propia imagen queda delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia”⁴⁹. Esto es, compartir fotografías de los hijos menores de edad con familiares y amigos por medio de las redes sociales forma parte de un uso socialmente aceptado que excluye, en consecuencia, la ilegitimidad de la conducta, siempre que el círculo de personas que puedan tener acceso a las fotografías sea limitado. Al respecto, señala la SAP Lugo 15 febrero 2017 que “no puede entenderse que se haya producido una vulneración de los derechos a la intimidad y a la propia imagen de los menores, por adecuarse la actuación de la abuela a los usos sociales cada vez más extendidos de publicación de noticias y fotografías del ámbito familiar entre los más allegados”⁵⁰.

Por su parte, en el caso enjuiciado por el AAP Asturias 13 marzo 2019, la madre solicitaba que se prohibiera la publicación de imágenes de la menor en Internet sin su consentimiento, tanto si la difusión la realizaba la propia menor como el padre de la misma. Respecto de la primera cuestión, el Tribunal llega a la conclusión de que el control ejercido por el padre respecto del uso de las redes sociales por la menor era el adecuado y que las fotografías que la propia menor publicaba en redes sociales no eran inapropiadas ni podían causarle perjuicio alguno⁵¹. Respecto de la segunda cuestión, que es la que nos interesa, la AP señala que el padre publicaba fotos de su hija “en su perfil privado de Instagram y con acceso controlado”, cuestión ésta que permite concluir que las fotografías no constituyen un peligro para la menor ni pueden causarle perjuicio alguno.

48 Vid. PLANAS BALLVÉ, M.: “Sharenting”, cit., p. 53.

49 La SAP Lugo 15 febrero 2017 (JUR 2017, 82242), en su FD 4º, invoca la STS 28 octubre 1996 en la que se expresa que “resulta decisivo para trazar los límites de la intimidad que ha de ser preservada judicialmente el atender a los usos sociales y, más señaladamente todavía y con carácter más determinante aún, a los propios actos al respecto y a las pautas de comportamiento libremente escogidas y asumidas por cada persona”. Como nos recuerda PLANAS BALLVÉ, M.: “Sharenting”, cit., p. 44, el nivel de protección del derecho a la propia imagen dependerá del comportamiento de la persona, de modo que no es lo mismo una persona que es muy cauta con su vida privada y no hace exposiciones públicas de la misma, que una persona que vive constantemente exponiendo públicamente su faceta privada, siendo el propio titular el que decide lo que forma parte de su esfera privada y la dota de protección.

50 SAP Lugo 15 febrero 2017 (JUR 2017, 82242), FD 4º. Continúa la sentencia afirmando que “la conclusión podría haber sido diferente si se tuviera constancia de que tales datos estuvieran al alcance de cualquier usuario, sin que la prueba practicada en autos haya acreditado tal extremo”.

51 Al respecto, el AAP Asturias 13 marzo 2019 (JUR 2019, 150994) aplica el art. 158.1.6º CC que faculta al juez para adoptar las disposiciones oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas. El Tribunal señala que la aplicación del art. 158.1.6º CC se debe a la forma en la que se ha formulado la petición de la madre (que se prohíba cualquier acceso de la imagen de la menor a Internet sin su consentimiento), por lo que no es posible acudir al art. 156.2 CC para que el Juez otorgue la facultad de decidir a cualquiera de los progenitores, ya que la cuestión no se ha planteado en términos de discrepancia en el ejercicio de la patria potestad.

En el mismo sentido, la SAP Madrid 6 julio 2017 entiende que las fotografías publicadas por el padre y la abuela paterna del menor en sus redes sociales no suponen ningún perjuicio para el mismo “ni por las personas que decidieron su inclusión, ni por su contenido ni por su contexto ni por el foro o ámbito en que se publicaron. Se trata de compartir determinados momentos agradables o lúdicos de la vida cotidiana del menor con el padre o con otros familiares, sin mayor trascendencia tenido en cuenta el ámbito en que se produce la publicación”⁵².

En definitiva, la publicación de fotografías de acuerdo con el uso social descrito permite prescindir del consentimiento del titular del derecho a la propia imagen⁵³, si es un menor maduro, o del otro progenitor; si no lo es⁵⁴.

Por otro lado, la SAP Lugo 15 febrero 2017 se encarga de recordar que las redes sociales tienen por finalidad ampliar el número de contactos o seguidores de cada usuario, de tal manera que, salvo que se configure la cuenta de la red social para que sólo un número reducido de usuarios pueda acceder a los datos de carácter personal, la dinámica propia de las mismas dará lugar a que el número de personas que pueden ver las fotografías publicadas sea cada vez mayor, rebasando el círculo de familiares y amigos cercanos que permite considerar la conducta como legítima⁵⁵. De ahí la necesidad de llevar a cabo la valoración probatoria en relación con este extremo⁵⁶.

52 AC 2017, 1201, FD 7°.

53 De acuerdo con TRONCOSO REIGADA, A.: “Las redes sociales a la luz de la propuesta de reglamento general de protección de datos personales. Parte I”, *IDP Revista de Internet, Derecho y Política*, 2012, núm. 15, noviembre, p. 71, “La publicación por parte de los usuarios de redes sociales de datos personales de terceros sin su consentimiento—por ejemplo, fotografías—aunque sea entre amigos y para un círculo restringido, es una cuestión compleja desde el punto de vista del derecho a la intimidad y a la imagen. Parece razonable que la publicación para un número limitado de amigos y, por tanto, con el máximo grado de privacidad—y no para amigos de amigos, toda la red social y todo internet—pueda considerarse un uso admitido socialmente, lo que significa que no se considera una intromisión ilegítima que deba ser perseguida y siempre que la información publicada no afecte a la intimidad de la persona”. Por otro lado, como expone el citado autor, “hay que ser conscientes de que no siempre es fácil solicitar y obtener el consentimiento de todas las personas que aparecen en una fotografía”. Desde nuestro punto de vista, es posible entender que el tercero ha prestado su consentimiento de un modo tácito, lo que es posible tanto en el ámbito del derecho a la propia imagen como de la protección de datos personales. Por ejemplo, si el interesado tiene costumbre, a su vez, de publicar las fotografías de terceros en sus propias redes sociales (lo que, siguiendo a DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “El consentimiento”, cit., p. 36, puede entenderse como la aplicación del criterio de los actos propios previsto en el art. 2.1 LO 1/1982). O si no se opone a la citada publicación pudiendo hacerlo.

54 Como veremos, aunque las SAP reconocen que los progenitores ostentan una titularidad conjunta de la patria potestad, entienden que no es necesario el consentimiento de ambos para la publicación de fotografías en redes sociales por uno solo de ellos, pues dicha actuación se ajusta al uso social, de acuerdo con lo previsto en el art. 156.2 CC.

55 Ver, al respecto, lo expuesto en el FD 2° de la sentencia. En relación con esta cuestión, GIL MEMBRADO, C.: “Límites”, cit., p. 2, explica que Facebook cuenta con una función para avisar a los padres cuando suban fotografías de sus hijos menores de modo público con el fin de que puedan cambiar sus ajustes de privacidad, evitando así que sean accesibles de modo público, o simplemente para advertirlos de que esas fotos pueden ser vistas por todo el mundo.

56 SAP Lugo 15 febrero 2017 (JUR 2017, 82242), en su FD 4°, considera necesario realizar la valoración probatoria de conformidad con los usos sociales.

Afirmado lo anterior, lo cierto es que mantener un ámbito de privacidad reducido en redes sociales es realmente muy complicado puesto que los datos que se publican son potencialmente susceptibles de ser compartidos más allá del ámbito en cuestión⁵⁷. Por lo tanto, aunque los padres configuren un grado de privacidad elevado, deben ser conscientes de la dificultad de que éste sea respetado por los demás usuarios de las redes sociales.

III. LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL DEL MENOR DE EDAD.

Algunas de las sentencias analizadas aplican la normativa de protección de datos de carácter personal, en particular las disposiciones reguladoras del consentimiento de los menores de edad, porque la representación fotográfica de un menor constituye un dato de carácter personal, de acuerdo con el art. 5.1.f) del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (en adelante, RLOPD)⁵⁸.

El tratamiento de los datos personales requiere del consentimiento del afectado, de acuerdo con el art. 6 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (en adelante, LOPDGDD)⁵⁹ y, cuando se trata de menores de edad, el consentimiento debe otorgarse por el propio menor si ha cumplido catorce años, pero se requiere el consentimiento de sus representantes legales por debajo de dicha edad (arts. 7 LOPDGDD y 13.1 RLOPD)⁶⁰. Aunque la edad de catorce años no

57 En este sentido, la AEPD, “Imagen en los Servicios Web 2.0. Ficha didáctica 03”, pp. 3-4, afirma que las imágenes puestas en Internet pueden escapar del control del usuario, poniendo en peligro su privacidad. Debe tenerse en cuenta que cualquier red social se caracteriza por la viralidad en la expansión de sus contenidos y la pérdida de control por parte del autor de la fotografía o vídeo.

58 SAP Pontevedra 4 junio 2015, (JUR 2015, 163149), FD 4º; SAP Lugo 15 febrero 2017 (JUR 2017, 82242), FD 2º; AAP Asturias 13 marzo 2019 (JUR 2019, 150994), FD 3º; SAP Cantabria 13 enero 2020 (JUR 2020, 51511), FD 4º.9. El art. 5.1.f) RLOPD define los datos de carácter personal como “cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables”. Por lo tanto, las fotografías de los menores que los padres publican en sus redes sociales, siempre que permitan la identificación del sujeto, tienen la consideración legal de datos de carácter personal.

59 Como señala la SAP Lugo 15 febrero 2017 (JUR 2017, 82242), “la prestación del consentimiento es el requisito indispensable y vertebrador de la protección de datos de carácter personal” (FD 2º). El derecho a la protección de datos personales, si bien se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la intimidad, se configura como autónomo en los términos expuestos en la STC 292/2000, de 30 de noviembre (RTC 2000, 292). Vid. SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: “El marco”, cit., p. 19.

60 El Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (en adelante, RGPD) dispone en su art. 8.1 (“Condiciones aplicables al consentimiento del niño en relación con los servicios de la sociedad de la información”) que “Cuando se aplique el artículo 6, apartado 1, letra a) [necesidad del consentimiento del interesado para el tratamiento lícito de sus datos personales] en relación con la oferta directa a niños de servicios de la sociedad de la información, el tratamiento de los datos personales de un niño se considerará lícito cuando tenga como mínimo 16 años. Si el niño es menor de 16 años, tal tratamiento únicamente se considerará lícito si el consentimiento lo dio o autorizó el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, y sólo en la medida

es una novedad en el ordenamiento jurídico español de protección de datos, pues ya estaba prevista en el RLOPD, sí lo es que la propia LOPDGDD la recoja expresamente, a diferencia de la anterior LOPD⁶¹. Las sentencias llegan a la conclusión de que, en los casos enjuiciados, resultaba necesario el consentimiento de ambos progenitores, pues los menores no sobrepasaban los trece años de edad al iniciarse el procedimiento⁶².

En relación con lo expuesto, cabe realizar una matización y una reflexión.

Cuando los usuarios de redes sociales (los padres, en nuestro caso) publican datos personales de terceros (como las imágenes de sus hijos menores de edad) llevan a cabo un tratamiento de datos personales⁶³. Sin embargo, este tipo de tratamiento se encuentra excluido de la normativa de protección de datos debido a que los ficheros de datos personales creados por los usuarios en sus redes sociales tienen la consideración legal de “ficheros mantenidos por personas físicas en el ejercicio de actividades personales o domésticas”⁶⁴. Así lo establecen el Considerando 18 y el art. 2.2.c) RGPD, así como el art. 2.2 LOPDGDD⁶⁵. Para que

en que se dio o autorizó”. Por otro lado, el art. 8.1 permite a los Estados miembros establecer por ley una edad inferior a tales fines, siempre que no sea inferior a 13 años. Nuestra LOPDGDD, uno de cuyos objetivos es adaptar el ordenamiento jurídico español al citado Reglamento, ha hecho uso de este margen de libertad, manteniendo el criterio de los 14 años ya establecido en el RLOPD. En lo que respecta a la forma de emisión del consentimiento, ni la normativa europea ni la española imponen pauta o sistema alguno, de modo que existe libertad de forma o procedimiento para recabar el consentimiento por parte del responsable del tratamiento de datos personales. Vid. BRITO IZQUIERDO, N.: “La protección”, cit., p. 8 (acerca de los métodos o sistemas de verificación de la concurrencia del consentimiento parental cuando sea necesario, se pueden consultar pp. 11-15 del citado trabajo).

- 61 La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, prácticamente toda ella derogada por la LOPDGDD, no preveía en su art. 6 más que la necesidad del consentimiento del afectado para el tratamiento de datos de carácter personal (salvo que la ley dispusiese otra cosa), sin referencia alguna a los menores de edad. El hecho de que la actual LOPDGDD regule expresamente el consentimiento de los menores de edad evita las críticas de la doctrina española respecto de la regulación reglamentaria de esta cuestión, pues se decía que la misma excedía de lo previsto en la entonces LOPD. Vid. AMMERMAN YEBRA, J.: “El régimen”, cit., p. 256.
- 62 Por otro lado, el art. 7.1 LOPDGDD exceptúa el consentimiento del mayor de catorce años cuando la ley exija la asistencia de los titulares de la patria potestad o la tutela para la celebración del acto o negocio jurídico en cuyo contexto se recaba el consentimiento para el tratamiento. Por lo tanto, la regulación específica en materia de consentimiento decae frente a la regulación general relativa a la celebración de contratos de menores de edad (art. 1263-1º CC).
- 63 SAP Pontevedra 4 junio 2015 (JUR 2015, 163149), FD 4º; AAP Asturias 13 marzo 2019 (JUR 2019, 150994), FD 3º; SAP Cantabria 13 enero 2020 (JUR 2020, 51511), FD 4º.
- 64 De acuerdo con el art. 4.2 RGPD, la difusión de datos personales de terceros debe ser considerada como un supuesto de tratamiento.
- 65 TRONCOSO REIGADA, A.: “Las redes”, cit., p. 68. Señala este autor que la mayoría de los tratamientos que llevan a cabo los usuarios son de esta clase. En este sentido, el Grupo de Trabajo del Artículo 29, *Dictamen 5/2009*, cit., pp. 5-6, afirma que los datos personales difundidos por medio de redes sociales deben ser tratados de acuerdo con la legislación europea y nacional relativa a la protección de datos. Ahora bien, el tratamiento de datos personales en una red social puede realizarse en el ejercicio de actividades personales o domésticas, en cuyo caso queda excluido de la normativa.
- 66 El art. 2.2 LOPDGDD dispone que la citada Ley no es de aplicación a los tratamientos excluidos del ámbito de aplicación del RGPD por su art. 2.2, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 3 y 4 del art. 2.2 de la Ley. Como se explica por el Grupo de Trabajo del artículo 29, *Dictamen 5/2009*, cit., p. 6, “en la mayoría de los casos, los usuarios de redes sociales se consideran personas interesadas” por ser personas que tratan datos personales en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas, razón por la que no se les imponen las obligaciones de un responsable del tratamiento de datos.

el fichero reciba esta calificación legal es necesario, como dispone el Considerando 18 RGDP, que la actividad no tenga conexión alguna con una actividad profesional o comercial. Por lo tanto, cuando las imágenes se publican en una red cerrada a la familia y/o a los amigos íntimos, cabe entender que se difunden en el ejercicio de actividades personales o domésticas⁶⁶. Por el contrario, cuando el tratamiento de los datos de terceros excede el ámbito puramente doméstico, “lo que puede suceder en supuestos en los que la imagen de terceros es compartida, sin ningún tipo de restricciones de acceso, a través de redes sociales o de aplicaciones móviles de mensajería”⁶⁷, sí que se aplica la normativa de protección de datos personales.

En consecuencia, debería concluirse que no procede invocar la normativa de protección de datos de carácter personal en materia de consentimiento para resolver la cuestión planteada en los casos analizados (si los padres pueden publicar por sí mismos fotografías de sus hijos en sus redes sociales sin necesidad de contar con el consentimiento del hijo o del otro progenitor en los casos de separación, divorcio o ausencia de convivencia) cuando exista la situación antes descrita⁶⁸. Precisamente, esta era la configuración de las redes sociales de los progenitores en los casos enjuiciados. Bastaría entonces con tener en cuenta el régimen jurídico del consentimiento del menor de edad previsto en la LO 1/1982⁶⁹. Por el contrario, deberá aplicarse dicha normativa si la red social está configurada en abierto, tanto en materia de consentimiento como de responsabilidad por un inadecuado tratamiento de los datos de carácter personal⁷⁰.

66 TRONCOSO REIGADA, A.: “Las redes”, cit., p. 68, explica que se trata de tratamientos de datos personales que afectan a la esfera familiar y de amistad y no pretenden otra finalidad que las relaciones propias de estos ámbitos, citando la SAN 15 junio 2006. En el mismo sentido, GIL MEMBRADO, C.: “Límites”, cit., p. 4, que añade que “lo que excede de esta situación-ideal y casi de ficción en el escenario de las redes sociales-debería conducir a una mayor reflexión”.

67 Grupo de Trabajo del artículo 29, *Dictamen 5/2009*, cit., p. 6. Añade que “cuando el acceso a la información del perfil va más allá de los contactos elegidos, en particular, cuando todos los miembros que pertenecen a la red social pueden acceder a un perfil o cuando los datos son indexables por los motores de búsqueda, el acceso sobrepasa el ámbito personal o doméstico”. Y también que “un gran número de contactos puede indicar que no se aplica la excepción doméstica”. Como explica TRONCOSO REIGADA, A.: “Las redes”, cit., p. 69, “un número muy elevado de contactos por parte de un usuario implica que no conoce a muchos de ellos-consecuencia de una aceptación indiscriminada de peticiones de amistad sin que exista una relación personal-por lo que no puede hablarse de datos que afecten a la esfera familiar y de amistad o de tratamientos personales o domésticos”.

68 Así, TRONCOSO REIGADA, A.: “Las redes”, cit., p. 70, afirma que el usuario de redes sociales no tiene la obligación de recabar el consentimiento del interesado “salvo que sea responsable del tratamiento en los términos ya señalados”, es decir, su actividad excede de lo que puede considerarse como personal o doméstico.

69 Afirma TRONCOSO REIGADA, A.: “Las redes”, cit., p. 70, que el usuario de redes sociales no tiene la obligación de recabar el consentimiento del interesado “salvo que [...] la información revelada por el usuario afecte al derecho a la intimidad, honor y propia imagen de otras personas y supere los usos admitidos socialmente (art. 2.1 LO 1/1982)”.

70 Como afirma el Grupo de Trabajo del artículo 29, *Dictamen 5/2009*, cit., p. 6, si el tratamiento de datos personales en una red social sobrepasa el ámbito personal o doméstico, el usuario puede ser entonces considerado como un responsable del tratamiento de los datos, por lo que se le aplica el mismo régimen jurídico que a éste (“un gran número de contactos puede indicar que no se aplica la excepción doméstica y el usuario podría entonces ser considerado como un responsable del tratamiento de datos” y “si un usuario decide, con perfecto conocimiento de causa, ampliar el acceso más allá de los “amigos” elegidos, asume las responsabilidades de un responsable del tratamiento de datos”). En concreto, “el usuario necesita el consentimiento de las personas interesadas u otra base legítima que figure en la Directiva relativa a la

Por último, creemos que la configuración del régimen jurídico del consentimiento del menor de edad en lo que al tratamiento de sus datos personales se refiere merece una reflexión.

La legislación en materia de protección de datos ha optado por un criterio objetivo de determinación de la madurez del menor⁷¹, puesto que establece una edad concreta (catorce años) a partir de la cual cabe la prestación de un consentimiento autónomo por el mismo. Esta edad ya está prevista para ciertos actos jurídicos en el CC, por lo que no supone una novedad en materia de consentimiento del menor de edad⁷². La elección de un sistema objetivo se debe a la de otorgar seguridad jurídica a los responsables de los tratamientos de datos personales, pues resultaría imposible que éstos comprobaran caso por caso que los menores disfrutaran de madurez suficiente⁷³.

Se nos plantea si la edad de catorce años es una presunción legal *iuris et de iure* o *iuris tantum*. En nuestra opinión, dado que la normativa de protección de datos, en lo que al consentimiento del menor se refiere, no establece un sistema autónomo al diseñado en la legislación civil general, debe entenderse que la LOPDGDD y el RLOPD establecen una presunción *iuris tantum* de madurez a los catorce años de edad⁷⁴. De esta manera, entendemos que no es válido el consentimiento prestado por los mayores de catorce años si se comprueba que

protección de datos". De acuerdo con TRONCOSO REIGADA, A.: "Las redes", cit., p. 69, "esta publicación de datos personales debe suponer que el usuario de la red social asume la responsabilidad del tratamiento-en relación con las personas cuyos datos y fotografías aparecen publicadas en su perfil-lo que le obliga, en especial, al cumplimiento de los principios de información y consentimiento".

71 GIL MEMBRADO, C.: "Límites", cit., p. 6.

72 La AEPD ha dictaminado que los mayores de catorce años tienen condiciones de madurez suficientes para prestar su consentimiento al tratamiento de sus datos, atendiendo precisamente a una serie de normas civiles que permiten la prestación autónoma del consentimiento en función de la madurez y, más concretamente, una vez cumplidos los catorce años de edad. Vid. *Memoria 2000*, apartado 3.2.4 (disponible en aepd.es/sites/default/files/2019-9/memoria-AEPD-2000.pdf). La AEPD se refiere expresamente a los arts. 20, 21 y 23 CC (que permiten al mayor de catorce años emitir el consentimiento para adquirir la nacionalidad española por opción, carta de naturaleza y residencia) y al art. 663.1º CC (que permite testar al mayor de catorce años). Debe tenerse en cuenta que, en el momento de publicación de la Memoria, no se había aprobado aún el RLOPD que recoge expresamente la edad de catorce años para prestar el consentimiento en su art. 13.1.

73 En este sentido, GIL MEMBRADO, C.: "Límites", cit., p. 6; PÉREZ DÍAZ, R.: "La imagen del menor en las redes sociales", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* (BIB 2018/6534), 2018, núm. 3, p. 10.

74 Interesa traer a colación lo dictaminado por la AEPD en su *Memoria 2000*, cit., apartado 3.2.4: "Respecto de los restantes menores de edad [se refiere a los menores de catorce años], no puede ofrecerse una solución claramente favorable a la posibilidad de que por los mismos pueda prestarse el consentimiento al tratamiento, por lo que la referencia deberá buscarse en el artículo 162.1 del Código Civil, tomando en cuenta, fundamentalmente, sus condiciones de madurez [...] recabándose, en caso de menores de catorce años, cuyas condiciones de madurez no garanticen la plena comprensión por los mismos del consentimiento prestado, el consentimiento de sus representantes legales". La referencia al art. 162 CC demuestra que la normativa de protección de datos debe ser interpretada de conformidad con el sistema diseñado por el CC, sistema basado en las condiciones de madurez. Además, se deduce que la AEPD no afirma que los menores de catorce años no puedan tener madurez suficiente, sino que no puede garantizarse que la tengan como regla general, de ahí la necesidad de contar con el consentimiento de sus representantes legales.

éstos no reúnen las condiciones de madurez exigidas⁷⁵. Ahora bien, no será válido el consentimiento prestado por un menor de catorce años por mucha madurez que tenga, pues la normativa de protección de datos ha optado por una edad concreta en lo que al tratamiento de datos se refiere.

Además, el uso de la imagen del menor en Internet no sólo supone el tratamiento de un dato personal sino también una intromisión en el derecho a la propia imagen del mismo⁷⁶. A pesar de esta doble dimensión jurídica, sólo resulta aplicable la normativa de protección de datos en materia de consentimiento, de modo que la misma ha venido a establecer cuándo un menor de edad es maduro para el ejercicio de su derecho a la imagen en Internet⁷⁷. Y de esta manera, se está permitiendo que un menor de edad decida por sí mismo acerca de la disposición de su imagen en un contexto que puede acabar resultando mucho más dañino que el analógico, sin atender realmente a su madurez⁷⁸.

IV. EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.

La cuestión del ejercicio de la patria potestad se plantea cuando los hijos menores de edad no tienen suficiente madurez (derecho a la imagen) o no han cumplido todavía los catorce años de edad (protección de datos de carácter personal), por lo que no pueden prestar por sí mismos el consentimiento a la publicación de las fotografías por parte de sus progenitores, correspondiendo a éstos otorgar el consentimiento⁷⁹. El análisis de las sentencias de las Audiencias Provinciales nos permite concluir que existen dos posicionamientos respecto al ejercicio de la patria potestad, partiendo del hecho de que todas ellas enjuician la cuestión respecto de progenitores separados o divorciados o parejas de hecho que no conviven y tienen atribuida conjuntamente la patria potestad.

75 AMMERMAN YEBRA, J.: “El régimen”, cit., p. 257, entiende que debe exigirse el consentimiento de sus representantes legales en dicho caso.

76 Así se deduce del art. 84 LOPDGDD, que dispone que “la utilización o difusión de imágenes o información personal de menores en las redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes que puedan implicar una intromisión ilegítima en sus derechos fundamentales determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor”.

77 Afirma SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: “El marco”, cit., p. 22, que, respecto a la edad mínima para poder prestar dicho consentimiento, parece que las Leyes de 1982 y 1996 no serían aplicables para este acto y sus requisitos, pues estamos en el ámbito del tratamiento de datos personales.

78 De acuerdo con SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: “El marco”, cit., p. 24, en relación con los menores que publican sus fotos y vídeos en sus redes sociales, “el problema que se plantea es que para dichos actos que conforman intromisiones en sus propios derechos, el menor no presta su consentimiento en el sentido del art. 3.1 LO 1/1982. A nuestro juicio, aquel consentimiento lo emitió cuando se dio de alta en la red social aceptando sus condiciones. Es decir, por el acto de registro el menor está consintiendo la posibilidad del tratamiento de sus datos y, todavía más, las intromisiones en sus derechos. De ahí que la prestación del consentimiento para darse de alta en la red social, inicialmente relacionado con el tratamiento de datos, va más allá y se extiende de una manera peligrosa y genérica a las intromisiones en sus derechos”.

79 Nos remitimos a lo expuesto en los apartados II.1 y 2 y III del presente trabajo.

El régimen jurídico a tener en cuenta es el previsto en los arts. 154 y 156 CC. Cuando ambos progenitores son titulares de la patria potestad, la representación legal de los hijos menores de edad la ostentan ambos progenitores (art. 154 CC)⁸⁰. Y la patria potestad se ejerce conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro⁸¹, siendo válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o las situaciones de urgente necesidad. En caso de desacuerdo, cualquiera de los progenitores puede acudir al juez quien atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años (art. 156 CC)⁸².

De acuerdo con el régimen jurídico expuesto, un primer posicionamiento de las Audiencias Provinciales consiste en entender que, siendo ambos progenitores titulares de la patria potestad, es necesario el consentimiento de ambos, con independencia de que la guarda y custodia corresponda a uno solo de ellos o sea compartida⁸³.

Así, la SAP Pontevedra 4 junio 2015 falla que si el padre pretende publicar fotos de su hijo menor en las redes sociales, debe recabar previamente el consentimiento de la madre y, si ésta se opone, puede acudir a la vía judicial para solicitar autorización (art. 156.2 CC)⁸⁴. En esta misma línea se encuentra la SAP Barcelona 15 mayo 2018 que concluye que “en definitiva, el tema de la imagen e intimidad de un menor de edad es tan delicado y de tanta trascendencia que deben ser ambos progenitores quienes decidan y consientan conjuntamente, salvo en los casos de privación o suspensión de la patria potestad”⁸⁵. Aunque la guarda

80 En el caso de suspensión o privación de la patria potestad de uno de los progenitores, correspondería de manera exclusiva al otro progenitor la decisión respecto de la publicación de las fotografías de los hijos menores de edad. En este sentido se pronuncia la AP Barcelona 15 mayo 2018 (JUR 2018, 153621), FD 2º. En la doctrina, *vid.* MORILLAS FERNÁNDEZ, M.: “Derecho de familia”, cit., p. 101.

81 En lo que respecta al consentimiento tácito, la AP Barcelona 15 mayo 2018 (JUR 2018, 153621), FD 2º, entiende que lo hay cuando ambos progenitores colgaban fotos del menor en redes sociales antes de separarse o ambos lo hacen tras la separación, tratándose de una cuestión que debe valorarse caso por caso en el supuesto de surgir incidentes.

82 Tal y como señala SAP Pontevedra 4 junio 2015 (JUR 2015, 163149), FD 4º.

83 Son favorables a este posicionamiento: GUARDIOLA SALMERÓN, M.: “Menores”, cit., p. 60; GIL MEMBRADO, C.: “Límites”, cit., p. 9; TINTORÉ GARRIGA, Mª P.: “Sharenting”, cit., p. 6; MORILLAS FERNÁNDEZ, M.: “Derecho de familia”, cit., pp. 98 y 100; GRIMALT SERVERA, P.: “El uso”, cit., p. 167.

84 SAP Pontevedra 4 junio 2015 (JUR 2015, 163149), FD 4º. En el caso planteado ante la citada Audiencia Provincial, la madre solicitaba que se prohibiera al padre cualquier tipo de publicación de fotografías e imágenes de su hijo en las redes sociales o medios similares sin su consentimiento previo, con el fin de garantizar la privacidad del menor. En concreto, la imagen del menor aparecía como foto de portada y de perfil en el muro de Facebook del padre, lo que permitía la identificación del menor.

85 SAP Barcelona 15 mayo 2018 (JUR 2018, 153621), FD 2º, que cita la SAP Pontevedra 4 junio 2015. Resulta particularmente interesante que esta sentencia señale que este mismo tribunal (su Sección 12ª) ha reconsiderado su doctrina anterior respecto de este mismo tema, pues en una sentencia previa la AP había fallado en el sentido de que “el derecho de imagen del menor pertenece al ámbito de la patria potestad que ejercen ambos progenitores, sin que conste que ninguno de ellos haya sido privado de su ejercicio, por lo que es un derecho que los dos detentan y los dos deben velar porque sea debidamente protegido, debiéndose suponer que tanto uno como otro, en el caso de acceder a dichas redes sociales, tomarán las precauciones adecuadas a la hora de restringir la privacidad de las imágenes de su hijo”. Por lo tanto, venía

del hijo se había atribuido a la madre, la potestad parental la tenían y ejercían ambos progenitores de forma compartida, “por lo que la decisión de colgar fotos del mismo la deben tomar ambos progenitores sin perjuicio de la ruptura de su relación de pareja”.

En el caso enjuiciado por el AAP Asturias 13 marzo 2019, se concluye que la difusión y la publicación de fotografías de la menor requieren el consentimiento de ambos progenitores⁸⁶. En este mismo sentido se puede citar la SAP Cantabria 13 enero 2020, que debía pronunciarse acerca de la petición de la madre relativa a prohibir la utilización de la imagen de la menor sin el previo consentimiento del otro progenitor⁸⁷. Citando los arts. 154 y 156 CC, la AP concluye que “en el futuro, ambos padres titulares de la patria potestad deberán consentir la utilización de la imagen de la menor, y si no fuera posible obtenerla por existir controversia, el progenitor interesado deberá acudir al juez para, en su caso, obtener la debida autorización” (FD 4º.9).

En la SAP Lugo 15 febrero 2017 se juzga un caso en el que la patria potestad corresponde conjuntamente a la madre y a cada uno de los padres de sus dos hijos menores de edad, si bien la guarda de los mismos había sido atribuida a la abuela materna por decisión judicial⁸⁸. Aunque la SAP afirma que, con carácter general, corresponde conjuntamente a ambos progenitores otorgar el consentimiento para publicar fotografías de los hijos menores en redes sociales, de acuerdo con el art. 156 CC y la LOPD (aunque cabe señalar que la LOPD no regulaba la cuestión de la protección de datos de carácter personal de los menores, sino su Reglamento), llega a la conclusión de que el consentimiento de cada uno de los padres de los menores, junto con el de la abuela materna, son suficientes para legitimar el acceso a las imágenes publicadas en el perfil de la demandada, atendiendo a que ésta ostenta la guarda de hecho de los menores por decisión judicial. Por ello, la Audiencia Provincial considera que la conducta de la demandada no ha infringido los derechos invocados de los menores, aun faltando el consentimiento de la madre.

a admitir que no hacía falta el consentimiento de ambos progenitores, sino que cada uno podía actuar de forma unilateral siempre que no perjudicara la imagen del hijo.

- 86 AAP Asturias 13 marzo 2019 (JUR 2019, 150994), FD 3º. El presente caso tiene la particularidad de que no se enjuicia por la vía del art. 156.2 CC debido a que la madre no plantea la cuestión litigiosa en términos de discrepancia en el ejercicio de la patria potestad. Al solicitar la madre en la demanda que se prohíba cualquier acceso de la imagen de la menor a Internet sin su consentimiento, incluyendo las fotografías que la propia hija quisiera difundir, la AP entiende que la disposición aplicable es el art. 158.1.6º CC, que faculta al Juez para adoptar las disposiciones oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas.
- 87 JUR 2020, 51511. El recurso de apelación se interpone por la madre, entre otros motivos, para solicitar que la prohibición interesada por la misma constara entre las medidas reguladoras de las relaciones paternofiliales.
- 88 SAP Lugo 15 febrero 2017 (JUR 2017, 82242). En el presente caso, la madre de los dos hijos menores de edad interpuso demanda de protección de los derechos a la intimidad y propia imagen de los mismos frente a su propia madre, por entender que ésta los había vulnerado al publicar fotografías de sus nietos en su Facebook sin el consentimiento de la demandante.

Además de los fundamentos jurídicos señalados, el posicionamiento expuesto tiene base jurídica en la normativa relativa a la protección de datos de carácter personal de los menores de edad. Así, la SAP Barcelona 15 mayo 2018 se refiere expresamente al art. 8.1 RGPD que exige el consentimiento del titular de la patria potestad para que el tratamiento de datos personales de un menor de 16 años de edad sea considerado lícito⁸⁹. De acuerdo con la sentencia, “si ambos progenitores son titulares, ambos deben consentir en esta materia”. Del mismo modo, el art. 7.2 LOPDGDD exige el consentimiento del titular de la patria potestad, de modo que, si ambos progenitores lo son, el consentimiento debe ser prestado por ambos, con independencia del régimen de guardia y custodia⁹⁰.

Teniendo en cuenta la litigiosidad existente sobre la cuestión del consentimiento, lo más razonable sería establecer en el convenio regulador o en la sentencia de adopción de medidas en relación con los hijos la necesidad de contar con el consentimiento de ambos progenitores, de forma que se evitarían discrepancias que obligan a acudir a la vía judicial. Este tipo de acuerdo ya se recoge por los tribunales⁹¹.

De acuerdo con un segundo posicionamiento, no es necesario el consentimiento de ambos progenitores si el que publica las fotografías en sus redes sociales actúa de acuerdo con el uso social, tal y como permite el art. 156⁹². En este sentido, se pronuncia la SAP Barcelona 22 abril 2015, cuando afirma que “no se han acreditado que las fotos que publica la actora en redes sociales atenten al derecho a la imagen del hijo común, habiendo alegado la madre que las destina únicamente a sus parientes y amigos. La Juzgadora de 1ª Instancia ha referido con buen criterio que ambas partes son cotitulares de la potestad parental sobre su hijo y ambos deben velar por la protección integral de su hijo restringiendo la privacidad de las imágenes del menor, remitiendo sus fotos únicamente a sus familiares y amistades más cercanos”⁹³.

89 SAP Barcelona 15 mayo 2018 (JUR 2018, 153621), FD 2º. En el momento de dictarse la sentencia todavía no se había aprobado la LOPDGDD actual.

90 MORILLAS FERNÁNDEZ, M.: “Derecho de familia”, cit., p. 95. Además, debe tenerse en cuenta que el art. 13.1 RLOPD exige el consentimiento de “los padres”, en consonancia con lo expuesto.

91 Un ejemplo de lo expuesto lo encontramos en la sentencia de 17 de mayo de 2016 del JPI núm. 8 Alicante, dictada en un procedimiento de solicitud de medidas en relación al hijo menor de edad (el fallo de la citada sentencia se recoge en los antecedentes de hecho de SAP Alicante 13 de diciembre 2016 (JUR 2017, 42095). Entre otras medidas solicitadas por la madre, el Juzgado acuerda la custodia compartida y que ambos progenitores deberán intervenir necesariamente “en la publicación de la imagen del menor en redes sociales de tipo Facebook, Twitter o Instagram (no pudiendo ser tampoco publicadas por un tercero con el consentimiento de uno solo de los progenitores) incluso aunque dicha fotografía corresponda a una actividad realizada durante el tiempo en que el progenitor no custodio disfruta del régimen de visitas establecido con el menor y es publicado en su perfil social”. Como vemos, esta sentencia establece el régimen jurídico aplicable al *sharenting*, régimen que deberá regir, mientras el hijo no tenga suficiente madurez, las relaciones de los progenitores con éste y entre sí.

92 Nos remitimos a lo expuesto en el apartado II.4 del presente trabajo.

93 SAP Barcelona 22 abril 2015 (JUR 2015, 164632), FD 3º.

De acuerdo con la SAP Madrid 6 julio 2017⁹⁴, la ausencia de consentimiento de la madre no es motivo suficiente para entender producida la violación del derecho a la propia imagen del menor; entendiendo el tribunal que debe probarse, de acuerdo con el art. 4.3 LOPJM, que la publicación de las fotografías en las redes sociales del padre y la abuela paterna son susceptibles de “menoscabar la honra o reputación del menor o contrariar sus intereses”. La Audiencia Provincial llega a la conclusión de que no ha sido así porque la difusión se ha producido de manera restringida. La Audiencia Provincial acaba concluyendo que “por tanto, y partiendo siempre que la publicación no proviene de un extraño ni con ausencia total de consentimiento de ambos progenitores, sino con la falta del de uno de ellos, lo que ha de dilucidarse es si la publicación en las condiciones expuestas de unas fotografías puede implicar menoscabo de la honra o reputación del menor o ser contraria a sus intereses, lo que decididamente merece una respuesta negativa”.

Esta postura es abiertamente criticada por la SAP Barcelona 15 mayo 2018⁹⁵. Se afirma que “ante la realidad social del difícil o complicado control de la privacidad de lo que se publica en redes sociales tipo Facebook, Instagram, etc, y los abusos que al respecto se producen cada día con la información y fotografías publicadas”, todo ello “impide incardinar o vincular el tema de esta publicación y compartición de imágenes, cuando se trata de hijos menores de edad, con aquellos actos que cada uno de sus progenitores puede realizar válidamente por separado “conforme al uso social” como excepción al principio del ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos, excepción y principio recogidos en el art. 156 CC”.

También cierta doctrina se muestra contraria al argumento del uso social como elemento que otorga validez a la publicación unilateral de fotografías de los hijos menores de edad por uno de los progenitores⁹⁶.

V. CONCLUSIONES.

Las Audiencias Provinciales entienden que el *sharenting* es un fenómeno social que incide directamente en dos derechos fundamentales de los menores de edad: el derecho a la propia imagen y el derecho a la protección de sus datos de carácter personal. Por lo tanto, acuden a la legislación civil especial reguladora de los mismos con el fin de determinar la legitimidad de la conducta de los progenitores en el caso de separación o divorcio.

⁹⁴ SAP Madrid 6 julio 2017 (AC 2017, 1201), FD 8°.

⁹⁵ SAP Barcelona, 15 mayo 2018 (JUR 2018, 153621), FD 2°.

⁹⁶ MORILLAS FERNÁNDEZ, M.: “Derecho de familia”, cit., p. 104, concluye que, para que uno de los progenitores pueda subir una fotografía a Internet para publicarla en alguna red social, aunque sea con el objetivo primordial de compartirla con familiares y allegados, es necesario el consentimiento expreso o tácito del otro progenitor, cuando ambos sean cotitulares de la patria potestad.

Si bien los tribunales no han tenido aún la oportunidad de pronunciarse acerca del *sharenting* en relación con menores de edad con suficiente madurez, se puede concluir que los progenitores deben contar con el consentimiento de sus hijos menores que cumplan tal condición a la hora de difundir imágenes de los mismos en sus redes sociales, de acuerdo tanto con el art. 3.1 LO 1/1982 como con el art. 162.2.1° CC. La falta de dicho consentimiento da lugar a que el *sharenting* pueda considerarse como una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen del menor. Por lo tanto, los menores están legitimados para reclamar judicialmente los daños derivados de la citada intromisión.

Las Audiencias Provinciales se han pronunciado, en cambio, respecto de menores de edad de hasta 13 años cumplidos. Se llega a la conclusión, de acuerdo con el art. 3.2 LO 1/1982, que el consentimiento para disponer de la imagen del menor corresponde a sus representantes legales, por no tener aquél suficiente madurez. De acuerdo con los arts. 154 y 156 CC, algunos tribunales señalan que, si ambos progenitores son titulares de la patria potestad, el ejercicio de la representación legal corresponde a ambos. Por lo tanto, es necesario el consentimiento de los dos progenitores para la publicación de imágenes de sus hijos en redes sociales. Debemos concluir que la publicación de fotografías decidida por un solo progenitor es ilegítima y viola el derecho a la propia imagen del menor. Además, si bien las Audiencias Provinciales no se refieren a esta cuestión, también debe señalarse que los progenitores deben pedir opinión al menor (en todo caso a partir de los doce años) acerca de la publicación de las fotografías, tal y como exige el art. 9.1 LOPJM.

Por otro lado, si la publicación de imágenes se lleva a cabo en un círculo reducido de personas (familiares y amigos), otros tribunales entienden que la misma es conforme al uso social y, por lo tanto, legítima (art. 2.1 LO 1/1982). De esta manera, ya no es necesario un ejercicio conjunto de la patria potestad, bastando con el consentimiento de un solo progenitor, tal y como permite el art. 156 CC.

La publicación de fotografías de los menores en redes sociales por parte de un progenitor afecta también al derecho de los menores a la protección de sus datos personales, por cuanto la representación fotográfica del menor constituye un dato de carácter personal (art. 5.1.f RLOPD). Por este motivo, ciertas Audiencias Provinciales entienden que debe aplicarse también el régimen jurídico regulador del consentimiento del menor de edad para el tratamiento de sus datos personales, de acuerdo con el cual el consentimiento debe otorgarse por el propio menor si ha cumplido catorce años o por sus representantes legales en caso contrario (art. 7 LOPDGD y art. 13.1 RLOPD).

Teniendo en cuenta que, en los casos enjuiciados, los menores no habían cumplido aún los trece años de edad, las Audiencias Provinciales entienden que el consentimiento para la difusión de imágenes de los mismos en redes sociales corresponde a ambos progenitores, de acuerdo con la legislación reguladora de la protección de datos de carácter personal.

Sin embargo, en nuestra opinión, dado que los datos personales difundidos en redes sociales cuando se encuentran disponibles sólo para familiares y amigos (perfil privado) tienen la consideración legal de ficheros personales o domésticos, y el tratamiento de este tipo de ficheros se encuentra excluido de la normativa de protección de datos, cabe entender que no es procedente aplicar dicha normativa en materia de consentimiento, bastando con la relativa a la protección del derecho a la propia imagen.

BIBLIOGRAFÍA.

AMMERMAN YEBRA, J.: "El régimen de prestación del consentimiento para la intromisión en los derechos de la personalidad de los menores. Especial referencia al fenómeno del *sharenting*," *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2018, n° 8 bis (extraordinario), julio, pp. 253-264.

BRITO IZQUIERDO, N.: "La protección legal de los derechos digitales de los menores: una responsabilidad de todos", *La Ley Derecho de Familia. Revista Jurídica sobre Familia y Menores*, 2019, n° 23, pp. 21-33.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "El consentimiento de los menores e incapacitados a las intromisiones de los derechos de la personalidad", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2014, n° 1, pp. 35-42.

GIL MEMBRADO, C.: "Límites a la autonomía de la voluntad en la disposición de la imagen del menor a través de las redes sociales", *La Ley Derecho de Familia. Revista Jurídica sobre Familia y Menores*, 2017, n° 13, pp. 69-95.

GRIMALT SERVERA, P.: "El uso de la imagen del menor estudiante en los centros educativos (especial atención del uso de las redes sociales)", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2019, n° 10, febrero, pp. 138-179.

GUARDIOLA SALMERÓN, M.: "Menores y redes sociales: nuevos desafíos jurídicos", *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, 2016, n° 8, pp. 53-67.

MORILLAS FERNÁNDEZ, M.: "Derecho de familia y redes sociales", *REDS (Revista de Derecho, Empresa y Sociedad)*, n° 13, 2018, pp. 93-105.

PÉREZ DÍAZ, R.: "La imagen del menor en las redes sociales", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* (BIB 2018\6534), 2018, n° 3, pp. 1-12.

PLANAS BALLVÉ, M.: "Sharenting: intromisiones ilegítimas del derecho a la intimidad de los menores de edad en las redes sociales por sus responsables parentales", *CEFLegal: revista práctica de Derecho. Comentarios y casos prácticos*, 2020, núm. 228, pp. 37-66.

SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: "El marco normativo tradicional para la protección de los derechos de la personalidad del menor: ¿Alguna asignatura pendiente en el siglo XXI?", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2016, n° 11, pp. 1-24.

TINTORÉ GARRIGA, M^a P.: "Sharenting y la responsabilidad parental (I)", *La Ley Derecho de Familia: Revista Jurídica sobre Familia y Menores*, 2017, n° 14, pp. 43-50.

TRONCOSO REIGADA, A.: "Las redes sociales a la luz de la propuesta de reglamento general de protección de datos personales. Parte I", *IDP Revista de Internet, Derecho y Política*, 2012, nº 15, noviembre, pp. 61-74.